



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Direito

HELENA VASCONCELOS DE LARA RESENDE

ANÁLISE DA LEI Nº 9.637/98

Organizações Sociais: forma de qualificação e execução de serviços
públicos com dispensa de licitação

Brasília
2012

HELENA VASCONCELOS DE LARA RESENDE

ANÁLISE DA LEI Nº 9.637/98

Organizações Sociais: forma de qualificação e execução de serviços públicos com dispensa de licitação.

Monografia de conclusão do curso
de Direito da Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília - UniCEUB.
Orientador: Paulo Gustavo Medeiros
de Carvalho

**Brasília
2012**

Agradeço aos meus pais e aos meus amigos por toda a amizade, compreensão, pelos ensinamentos e pelos debates que tanto me enriqueceram.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO 1 SERVIÇOS PÚBLICOS.....	8
1.1 Evolução dos serviços públicos.....	8
1.2 Serviços Públicos na Constituição Federal de 1988 – Serviços Públicos Sociais.....	17
CAPÍTULO 2 ORGANIZACOES SOCIAIS E LEI Nº 9.637/98.....	29
2.1 Reforma do Estado - surgimento das organizações sociais.....	29
2.2 Características do regime da Lei 9.637/98.....	35
2.3 Contratos de gestão.....	40
CAPÍTULO 3 LICITAÇÃO - CONCEITO E DISPENSA.....	44
CAPÍTULO 4 DIVERGÊNCIAS CONTIDAS NA LEI Nº 9.637/98...	49
4.1 (IN)Constitucionalidade na contratação de organizações sociais pelo Poder Público mediante dispensa de licitação.....	49
4.2 (IN)Constitucionalidade do procedimento de qualificação de entidades como organizações sociais para absorção de atividades públicas.....	53
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

RESUMO

Na década de 90, surgiu a necessidade de mudança da forma como a Administração Pública lidava com seus administrados. Nesse contexto de crise ocorreu a chamada Reforma do Aparelho do Estado, em 1995, calcada no ideal de garantir mais eficiência ao Poder Público. Tal Reforma introduziu no ordenamento jurídico brasileiro nova figura, a organização social, regulamentada pela Lei nº 9.637/98. A essas entidades não-governamentais e sem fins lucrativos, qualificadas pelo Poder Executivo, foi dada a possibilidade de, por meio de contrato de gestão, prestarem serviços públicos ditos sociais, sem a necessidade de processo licitatório. Assim, tendo em vista o novo modelo gerencial, surgiram debates acerca da constitucionalidade de itens dessa Lei, necessitando de análise mais profunda sobre o tema. O problema levantado é a qualificação sem mais critérios de tais entidades e a ausência de certame licitatório. Porém, ressalta-se a atuação em conjunto das organizações sociais e da Administração, o que se caracteriza como prestação de natureza convenial. Além do mais, tal modelo de prestação é o pilar de um Estado menos burocrático com vistas à melhoria na prestação dos serviços públicos sociais e não exclusivos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; serviço público; Reforma Administrativa; organizações sociais; licitação; contrato de gestão.

INTRODUÇÃO

Com este trabalho, pretende-se iniciar a discussão sobre alguns aspectos a respeito das organizações sociais, integrantes do Terceiro Setor. O principal objetivo é averiguar a constitucionalidade ou não do ato normativo que permite aos entes privados qualificados como organizações sociais a prestação de serviços públicos mediante ausência de licitação.

No primeiro momento será abordada a evolução do conceito de serviços públicos, surgida na França, que sustenta inúmeras discussões no âmbito da doutrina pátria e inquietações de doutrinadores estrangeiros. Neste estudo, pretende-se o deslinde dos traços básicos do regime constitucional brasileiro sobre os serviços públicos. Não há como abordar o tema deste trabalho sem discorrer, como questão de fundo, acerca da própria caracterização de um serviço como público. Supõe-se a existência de núcleo básico, mínimo e fundamental sobre tal definição.

No âmbito do Diploma Maior, será executada abordagem a respeito de múltiplos aspectos dos serviços públicos, com ênfase naqueles não exclusivos, os ditos sociais.

Após essa análise, frisar-se-ão os aspectos históricos do surgimento das figuras denominadas organizações sociais. O ponto de partida será o Plano de Reforma do Aparelho do Estado e o momento em que estas ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro, sendo regulamentadas pela Lei n. 9.697, de 1998.

Assim, ante os quadros político e institucional do Direito Administrativo e das suas mutações, tecer-se-ão, para que se possa avaliar a adequação das organizações sociais sobre a gestão de serviços públicos, considerações sobre seu conceito contemporâneo e sua abrangência, além de se verificar, de fato, a natureza dos serviços prestados pelas organizações sociais.

Em seguida, alcançar-se-á o ponto principal deste estudo - a problemática da discricionariedade na qualificação das entidades como organização social e na dispensa do processo licitatório com o qual as organizações sociais são contempladas.

A importância do tema reside em identificar se tal modelo, proposto pela

Reforma Administrativa, encontra-se calcado nos princípios administrativos, à luz da Constituição Federal de 1988. A pesquisa considerará a ótica de autores clássicos e de outros expoentes do Direito Administrativo Moderno, acompanhando a evolução da própria sociedade.

Assim, tem como escopo investigar a existência, ou não, de violação à Carta da República pelo disposto na Lei nº 9.697/98, tudo abordado no contexto de sensível evolução no modo de prestação dos serviços públicos com a introdução de novo modelo gerencial.

CAPÍTULO 1 SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1 Evolução dos serviços públicos

Em 1953, B. Chenot sustentou que o conceito de serviços públicos:

“[...] é o exemplo mais claro de uma dessas noções ditas fundamentais cujo conteúdo só pode ser precisado em breves períodos de tempo e cujos contornos logo começam a se quebrar com as contradições das leis e das decisões jurisprudenciais. A história do serviço público demonstrou que o único sentido do termo é o que a ele foi dado pelas fantasias titubeantes do legislador e pelos esforços pragmáticos do juiz.”¹

A prestação de serviços por parte do Estado é antigo objeto de estudos, tendo sido atribuída a Rousseau o uso originário da palavra, embora destituída de seu significado atual, mas utilizada como sinônimo para qualquer atividade estatal.²

As primeiras noções de serviço público, em sentido amplo, como conhecido hoje, surgiram na França, com a Escola de Serviços Públicos. A partir da ótica de León Duguit, que tratou do tema sob a matriz sociológica e a solidária, a noção de serviço público nasceu do espírito dos homens³ e defendia constituir a própria essência do Estado, abrangendo todas as suas atividades.⁴

Ainda sob a ótica duguitiana, a noção de serviços públicos se caracterizava por ser atividade assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes para realizar a solidariedade social, utilizando o emprego de coerção estatal, implícita a obrigatoriedade de regime público.⁵

Tal concepção ampla do conceito possui interpretação um pouco mais restritiva, baseada em outro expoente da escola de serviços públicos, Gaston Jéze. Para ele, a partir de um critério formal, todas as atividades exercidas pelo Estado em regime jurídico de Direito Público, mediante decisão dos governantes, seriam

¹ CHENOT, B. L'Existencialisme et le Droit, in Revue Franceise de Science Politique, apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.121.

² GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1998**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

³ BACELLAR FILHO, Romeu. **Serviços Públicos – estudos dirigidos. Transformação nos serviços públicos e a prestação por particulares** - Fernanda Schuhli Bourges. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed., São Paulo: Atlas, 2004, p.95.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos. Versão condensada da aula magna para pós-graduados da América Latina pronunciada na Universidade Castilla - La Mancha, em janeiro de 2004. In: **Direito Público – estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallar**, coordenado por Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior.

consideradas serviços públicos.⁶

Assim, na formulação do conceito baseada nos teóricos da Escola Francesa, três requisitos eram essenciais à caracterização como serviço público. No que tange ao primeiro, o critério funcional, era necessário ser serviço de interesse geral ou de utilidade pública. O segundo, o critério subjetivo, era essencial à prestação pelo Estado, de forma direta ou não. Já o terceiro elemento dizia respeito ao regime jurídico – o de Direito Público.⁷

A partir do fim da segunda década do século XX, a atuação do Estado de Bem-Estar Social, com a intensificação dos movimentos liberais, passou a ser questionada. Nesse momento, o conceito originário francês de serviços públicos sofreu seu primeiro embate, tendo em vista a necessidade de mais eficiência e menos burocratização na prestação de serviços. A gestão das atividades predominantemente econômicas foi subtraída do regime público, submetendo-as ao regime privado.⁸ Assim, “[...] excluindo as referidas atividades o máximo possível do regime de Direito Público, quebrando, definitivamente, o critério formal pelo qual serviço público seria apenas a atividade regida pelo Direito Público”.⁹

Jean-Louis Corail, doutrinador clássico, chamou o ocorrido de “a crise do serviço público”, no sentido de que este continuaria existindo, mas estaria sofrendo notáveis modificações, levando à revisão das premissas originárias sobre o conceito.¹⁰ André Buttgenbach, à época, salientou que “[...] a noção de serviço público perdeu um pouco de sua precisão e de sua utilidade original, não porque ela está em vias de desaparecer, mas, ao contrário, porque ela está em expansão”.¹¹ Nesse momento, revelou-se a possibilidade de submissão dos serviços que se tornariam regime misto, utilizando adequadamente o melhor do público e o do privado.

A crise no conceito duguitiano de serviços públicos, consoante asseverou

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. “O conceito de serviços públicos no Direito Positivo Brasileiro” **RT** n. 859, maio de 2007, 96º ano.

⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 230, p.47.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos, versão condensada da aula magna para pós-graduados da América Latina pronunciada na Universidade Castilla - La Mancha, em janeiro de 2004. In: **Direito Público** – estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallar, coordenado por Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit., p. 243.

¹⁰ Idem, ibidem.

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit., p. 240.

Luís Martín Rebollo, converteu-se a partir da ideia de que:

“[...] a aparição de atividade empresarial pública de caráter industrial (que não se poderia dizer que fossem serviço público porque com respeito a elas o Estado se comportava como um particular) e a simultânea aparição de serviços até o momento considerados públicos que estavam geridos, não obstante, por entes privados.”¹²

À época, o Estado estava voltado à realização de duplo fenômeno, político e econômico, por meio de política governamental voltada a solucionar todos os problemas por meio do controle estatal e garantir a segurança nacional, uma vez que o mundo passava por uma fase extremamente beligerante, marcada por complexa ideologia de poder.¹³

Hajam vista as mudanças políticas e econômicas ocorridas após a Segunda Guerra Mundial, os povos, desiludidos com os megaestados e as suas práticas impositivas muito severas e horrorizados com os resultados de destruição e massificação a que chegaram mediante práticas do Estado rígido, clamavam por mudanças no modelo gerencial.¹⁴

Assim, concretizou-se a abertura do Estado, revertendo as tendências estatizantes de outrora, a fim de recompor tanto a autonomia da sociedade, quanto a devastada dignidade da pessoa humana. Abriu-se espaço a nova ordem mundial de democratização, sufocando ditaduras e autocracias, iniciando nova ordem, culminando com a implementação da privatização.¹⁵

Ressalta-se que essa nova ordem, cujo ápice sucedeu com o colapso da União Soviética, simbolicamente marcada pela queda do muro de Berlim, trouxe consequências ao modelo estatal antes utilizado, abrindo-se, então, oportunidade para a desestatização.¹⁶

As configurações política, ideológica e sociológica assumidas pelo Estado

¹² REBOLLO, Luis Martín. Servicios Públicos y servicios de interes general: La nueva concepción y operatividad del servicio público em El Derecho Administrativo Español, p. 89. In: **Una Evaluación de las Tendencias Contemporaneas del Derecho Administrativo**, coordenada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos, versão condensada da aula magna para pós graduados da América Latina pronunciada na Universidade Castilla- La Mancha, em janeiro de 2004. In: **Direito Público** – estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallar, coordenado por Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior

¹⁴ Idem, ibidem.

¹⁵ Idem, ibidem.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 251.

passaram a ser fatores fundamentais à análise da prestação de serviços públicos, tendo em vista que o Estado possui com exclusividade as condições para a satisfação de necessidades do grupo social que o integra e o legitima.¹⁷

Nesse sentido, a noção de serviço público não permaneceu estática no tempo nem no espaço, havendo ampliação de seu conceito, que agora abrange atividades de natureza comercial, industrial e social.¹⁸

José dos Santos Carvalho Filho, corroborando a ideia de desenvolvimento, conceitua serviço público como uma “[...] expressão que admite mais de um sentido, e de conceito que, sobre ter variado em decorrência da evolução do tema relativo às funções do Estado, apresenta vários aspectos diferentes entre os elementos que o compõe [...]” e complementa que “[...] foi tão profunda a alteração introduzida na concepção das atividades estatais que na França se chegou a considerar que estava em crise a noção de serviço público”.¹⁹

Odete Medauar, a respeito de toda a evolução histórica do Direito Administrativo e do fenômeno denominado “mutação nos serviços públicos”, empregado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, conceitua como “linhas de transformações de matrizes clássicas”, expondo as dificuldades de se conceituar a expressão “interesse público”. Esclarece que tal conceito não mais se confunde com o interesse estatal, como ocorria na construção clássica desse ramo jurídico.²⁰

Na doutrina estrangeira, Laubadère designa serviço público como “[...] toda atividade de uma coletividade pública visando satisfazer um objetivo de interesse geral”.²¹

Fritz Fleiner, por sua vez, assim define: “[...] chamamos serviço público ao conjunto de pessoas e meios que são constituídos tecnicamente em uma unidade e destinados a servir permanentemente a um fim público específico”.²²

¹⁷ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de Concessão de serviços públicos**, 1 ed., Curitiba: Juruá, 2002.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 Edição, São Paulo: Atlas, 2004, p.98.

¹⁹ CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 347.

²⁰ MEDAUER, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**, 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

²¹ LAUBADÉRE, André. Manuel de Droit Administratif, p. 21. Apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²² FLEINER, Fritz. Droit Administratif Allemand, p. 198. Apud CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Já Díez simplifica o conceito, aduzindo ser a “[...] prestação que a Administração efetua de forma direta ou indireta para satisfazer uma necessidade de interesse geral”.²³

Hely Lopes Meirelles assevera ser atribuição primordial da Administração Pública oferecer benefícios aos administrados, justificando a existência daquela na prestação de serviços à comunidade, remetendo ao pensamento de Léon Duguit. Informa ainda não ser o conceito de serviço público uniforme na doutrina, flutuando ao sabor das necessidades e das contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico.

Celso Antônio Bandeira de Mello assim classifica:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”²⁴

A noção subjetiva remete a ser incumbência do Estado, conforme expresso inclusive no art. 175 da Carta da República, e sempre depende do Poder Público.²⁵

Assim, conclui-se que não há um rol estático de serviços públicos. Estes variam em razão do contexto histórico-social. Assim afirma Maria Sylvia Di Pietro: “É o Estado, por meio de lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; [...] isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal, enquanto o Estado não a assumir como própria”.²⁶

A Lei Maior faz essa indicação nos arts. 21, inciso X, XI, XII, XV, XXIII, e 25, § 2º, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais n. 8 e n. 5, de 1995.

²³ Díez, Manuel Mari. *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo II, p. 16. Apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 671.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004, p. 99.

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 99.

Assim, os serviços públicos são atividades orientadas à satisfação da coletividade, sendo campo próprio do Estado, somente se admitindo a prestação de serviços públicos por particulares quando houver expressa delegação estatal – direta ou indiretamente –, sob a égide do Direito Público.

Diogo Figueiredo Moreira Neto resume o entendimento de serviços públicos, com suas variações, como “[...] atividade econômica excluída por lei do mercado para que o Estado a discipline imperativamente e a execute por seus próprios meios ou por delegação”.²⁷

Tais atividades não se encontram relegadas à simples livre iniciativa, de forma que não estão sujeitas à mesma fiscalização e aos mesmos controles exercidos sobre as de natureza privada, livrando-se do poder de polícia.²⁸

A classificação feita originariamente por Arnaldo de Valles e divulgada por Rafael Bielsa²⁹ dispõe que, quando os serviços são prestados direta ou indiretamente pelo Estado, mas assumidos como estatais, são denominados serviços públicos próprios, enquanto os que não assumidos ou executados pelo Estado, prestados mediante descentralização, são denominados impróprios. Os primeiros somente podem ser prestados pela Administração Direta. Já os impróprios, consoante esclarece Hely Lopes Meirelles, são entes descentralizados, que agem por outorga do serviço ou da atividade, ou por delegação de sua execução, mas sempre em próprio nome.³⁰ Assim, quando o Poder Público elege um serviço público que lhe é próprio e o transfere a outra entidade com personalidade jurídica própria, autoriza, regula e fiscaliza, ocorre a descentralização.

Existem os serviços sobre os quais o Estado detém titularidade, mas sem exclusividade, sendo concorrente a execução estatal e a particular. A própria Constituição outorga esse direito ao particular, não há transferência. Como exemplo há o ensino e a saúde. Nesses casos, não há vínculo nem contrato. Não sucede por meio de outorga nem de delegação. Há fiscalização, mas sem vínculo ou relação de

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações nos Serviços Públicos*, versão condensada da aula magna para pós graduados da América Latina pronunciada na Universidade Castilla- La Mancha, em janeiro de 2004. In: **Direito Público** – estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallar, coordenado por Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2005

²⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 50.

³⁰ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 636.

transferência. Não deixa de ser serviço público por ser prestado por particular. Ele exerce função pública, tendo o particular a titularidade do serviço.

Conclui-se que, em decorrência do princípio da mutabilidade no Direito Administrativo, é possível a flexibilização de meios e fins, autorizando mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público.³¹

Vital Moreira sustenta a quebra de um modelo chamado de “soma zero”, segundo o qual as atividades são qualificadas como públicas ou privadas e de interesse público ou privado. Esse modelo, tradicional e vigente durante os Estados liberal e totalitário, começa a ser superado no âmbito do Estado social, conforme o seguinte esquema:³²

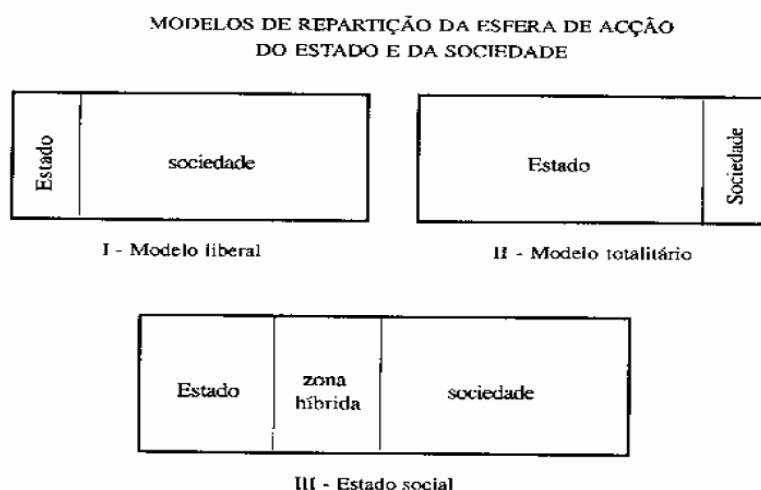


Figura 1. Modelo de repartição da esfera de ação do Estado e da sociedade.³³

Vital Moreira explicita que no Estado Social é superada a ótica do princípio da “soma zero”, modelo clássico de separação entre atividades públicas e privadas, alterando as fronteiras da ideia de que o que era apropriado pelo Estado deixava de pertencer à sociedade. Inaugurou-se uma zona híbrida, rompendo o modelo dicotômico de repartição de atividades.³⁴

Dessa maneira, ante à forte separação da prestação de serviço, as empresas privadas passaram a atuar na esfera dos serviços públicos apenas como

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004, p. 99.

³² MOREIRA, Vital. **Administração Autónoma e Associações Públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 24.

³³ Idem, ibidem.

³⁴ Idem, ibidem.

delegadas do Estado, em caráter excepcional e sem direito próprio, submetidas ao controle do Poder Público. Já o Estado, atua nessa esfera, implementando direito próprio, de caráter ordinário.³⁵

Ainda na linha do autor³⁶, quanto às atividades econômicas em sentido estrito, a chamada “exploração direta de atividade econômica”, quando o contrário do aludido é observado, tendo em vista a própria Constituição estabelecer fortes restrições à atuação do ente estatal, admitem-se apenas duas hipóteses - o teor do art. 173 da Carta Magna: “[...] necessária aos imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” e ainda, por imposição constitucional de monopólios, e o do art. 177 da mesma Carta.

Já os particulares, nessa esfera de atuação, atuam por direito próprio, sem necessidade de delegação do Poder Público, desnecessária inclusive a realização de prévia licitação pública para assegurar a prestação da atividade, conforme preceituado no art. 170, parágrafo único, da Carta Federal, em que é assegurado a todos “[...] livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Assim, com o retorno da sociedade às cenas política e econômica, com o ressurgimento do Capitalismo, amparado pelo progresso da Democracia, a noção de serviço público incorporou três elementos: o substrato material, o sentido formal e o subjetivo.³⁷

A doutrina moderna movimenta-se no sentido de superação do conceito de serviço público, aduzindo não ser a participação do Estado diretamente na atividade que indicará a existência de serviço público.³⁸

Quanto ao primeiro elemento, o de sentido material, destaca-se ser tarefa exercida no plano concreto, consistindo a prestação estatal em oferecer à sociedade

³⁵ MODESTO, Paulo. **Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviço de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias públicos privadas.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. N. 2, maio/junho/julho, Salvador: 2005.

³⁶ Idem, ibidem.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.96-97.

³⁸ MEDAUER, Odete. Nova crise do serviço público. Apud CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto (coordenadores). **Estudos de Direito Constitucional** – em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

serviços e utilidades singularmente fruíveis pelos administrados, em que o Estado as assume como próprias.³⁹ Nesse sentido, o que importa é corresponder a uma atividade de interesse público.

Quanto ao formalismo, ressalta-se a submissão ao regime jurídico administrativo, sob o prisma da essencialidade. Dessa forma, o regime regulado pelo Direito Público confere carácter jurídico à noção de serviço público.⁴⁰

O Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, em parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, remeteu à ideia de Parejo Afonso, somando-se, ao termo prestação, novos princípios como coordenação, ponderação, estabelecimento de prioridades e concordância prática entre necessidades, interesses e bens.⁴¹

Maria João Estorninho esclarece que:

“Mesmo abstraindo das posições mais radicais que lhe negam valor, domina hoje a opinião segundo a qual os dois tipos de direito não são campos totalmente opostos; um dos factores responsáveis pela diluição das fronteiras tradicionais nesta matéria é o movimento de publicização do direito privado; o outro é, a par desta tendência para uma progressiva invasão dos mais variados sectores da vida social pelo Direito Público, o movimento que se verifica exactamente em sentido contrário, sendo especialmente significativo o incomensurável alargamento da Administração Pública sob formas jurídico-privadas.”⁴²

Assim, os campos público e privado se aproximam, mas sem deixar de lado as peculiaridades intrínsecas a cada um.

A sociedade se revelou como a real titular do interesse público, exercendo, o aparato estatal, papel meramente instrumental, outorgada ao Estado a titularidade, a função de prestador de serviço, para a busca real de sua realização.⁴³

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 671.

⁴⁰ Idem, ibidem.

⁴¹ PAREJO AFONSO. Apud ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999, p. 101.

⁴² ESTORNINHO, Maria João. **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Almedina, 2001, p.182.

⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações nos Serviços Públicos*, versão condensada da aula magna para pós graduados da América Latina pronunciada na Universidade Castilla - La

Em busca da superação do conceito clássico, a tendência é de conceito híbrido, abrangendo a transformação do Estado prestador em regulador, concentrando esforços em busca da eficiência e minimizando o emprego da força imperativa da Administração Pública.⁴⁴

Inaugura-se então nova era, a da cooperação entre Estado e sociedade, diminuindo a importância da titularidade do serviço, abrindo espaços a novos modelos de prestação e concorrendo em benefício da própria coletividade.⁴⁵

1.2 Serviços Públicos na Constituição Federal de 1988 – Serviços Públicos Sociais

No ordenamento jurídico brasileiro, a atividade administrativa de prestação de serviços públicos encontra-se intimamente ligada aos postulados constitucionais.

A compreensão da noção de serviços públicos deve ser pensada à luz do sistema cultural e de desenvolvimento econômico brasileiro. O Brasil possui situação social peculiar, o que traz implicações jurídicas ao modelo adotado no País, diferente dos modelos obtidos com a experiência europeia ou a estadunidense.⁴⁶

No Brasil, há relação entre poder político e poder econômico. O patrimonialismo existente apresenta recuo em ritmo lento, diferente do da Europa, em que tal conflito entre interesse estatal e privado era marca do auge do Absolutismo. No Brasil nunca se alcançou o ideal republicano francês para os serviços públicos, em que os problemas das classes sociais mais baixas eram considerados problemas de toda a sociedade.⁴⁷

A análise do instituto no Brasil deve considerar a realidade e os problemas enfrentados pelo País, de modo que, segundo Alexandre Santos de Aragão, “[...] os nossos desafios são maiores e os nossos recursos, econômicos e

Mancha, em janeiro de 2004. In: **Direito Público** – estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallar, coordenado por Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior.

⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos, versão condensada da aula magna para pós graduados da América Latina pronunciada na Universidade Castilla - La Mancha, em janeiro de 2004. In: **Direito Público** – estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallar, coordenado por Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior.

⁴⁵ Idem, ibidem.

⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁴⁷ Idem, ibidem.

éticos, menores”.⁴⁸

Para seguir a tendência mundial de reavaliação dos limites do Estado, a Carta da República de 1988 estabeleceu divisão entre dois setores de atuação do Estado, o de domínio econômico e o serviço público.⁴⁹

Paulo Modesto⁵⁰ sustenta que a Carta de 88 apresenta dois conceitos de serviço público. O primeiro é orgânico, que significa o aparato administrativo do Estado, e o segundo, objetivo, remete à modalidade de atividade técnica de natureza pública.

Ainda segundo o autor, o Brasil, na atual Constituição, reforça o caráter do modelo de “soma zero”, ao separar, a partir de expressos enunciados, as atividades públicas e privadas.⁵¹

Dessa maneira, ante a forte separação prestacional, as empresas privadas atuam na esfera dos serviços públicos apenas como delegadas do Estado, em caráter excepcional e sem direito próprio, submetidas ao controle do Poder Público. Já o Estado atua na esfera implementando direito próprio, de caráter ordinário. Segundo Alexandre Santos de Aragão, a Constituição é compromissória, no sentido de que busca conciliar ideologias e interesses diversos; nessa seara os serviços públicos não escapam a essa lógica.

A Carta possui várias regras específicas para os serviços públicos; pode-se extrair diversas utilizações dessa nomenclatura, como, por exemplo, em sentido econômico, como atividades de senhorio estatal, que podem gerar lucro (arts. 145, II, e 175), como sinônimo de Administração Pública (art. 37), como referência para simplesmente “serviços” (art. 21) e a “serviços de relevância pública” (arts. 129 e 197).⁵²

Assim, o que justificaria a classificação de um serviço como público seria a necessidade de maior e mais permanente intervenção do Estado, e não apenas a

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos, versão condensada da aula magna para pós graduados da América Latina pronunciada na Universidade Castilla - La Mancha, em janeiro de 2004. In: **Direito Público** – estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallar, coordenado por Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior. .

⁵⁰ MODESTO, Paulo, op. cit.

⁵¹ Idem, ibidem.

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

necessidade do serviço ou do produto.⁵³

Dessa forma, são retiráveis da Constituição inúmeras concepções da noção de serviços públicos. Alexandre Santos de Aragão as divide em concepção amplíssima, ampla, restrita e restritíssima.⁵⁴

A concepção amplíssima é inspirada na escola clássica do serviço público e tida como sinônimo da própria Administração, equiparando os serviços públicos a todas as atividades estatais. Nessa acepção, estariam presentes inclusive as atividades jurisdicionais e legislativas, abarcando atividades díspares entre si, no tocante ao regime jurídico.⁵⁵

A concepção ampla abrange os serviços públicos econômicos, aqueles remunerados por tarifas ou taxas, os serviços públicos sociais, que podem também ser prestados pela iniciativa privada, e os serviços *uti universi*, inespecíficos e indivisíveis. Ou seja, as atividades prestacionais do Estado, voltadas a saciar as necessidades da sociedade em geral.

Já a concepção restrita abarca apenas as atividades prestacionais voltadas a certos indivíduos, em que o beneficiário e a sua fruição podem ser identificados. Dessa concepção se excluem os serviços *uti universi*, sem beneficiários identificáveis com exatidão.⁵⁶

A última concepção, a restritíssima, advém dos arts. 145, II, e 175, Carta de 1988, em que são considerados como serviços públicos apenas aqueles específicos e divisíveis, de titularidade do Estado, exploráveis pela iniciativa privada apenas mediante concessão ou permissão. Assim, além dos serviços *uti universi*, excluídos dessa classificação, estariam os serviços sociais.⁵⁷

Ao fim da análise das concepções aceitas pela Constituição, Alexandre Santos de Aragão propõe um conceito adequado às finalidades metodológicas perseguidas.⁵⁸ A concepção amplíssima é descartada pois são atividades que não possuem pontos em comum, equivalendo, na verdade, a um tratado geral de Direito

⁵³ Idem, ibidem.

⁵⁴ Idem, ibidem.

⁵⁵ Idem, ibidem.

⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁵⁷ Idem, ibidem.

⁵⁸ Idem, ibidem.

do Estado.⁵⁹

A concepção ampla possui o inconveniente de colocar sob o mesmo conceito serviços *uti universi* e *uti singuli*, que, do ponto de vista jurídico, são atividades muito diversas, não possuindo pontos em comum.⁶⁰

A noção restritíssima, equivalente apenas aos serviços chamados de “econômicos”, também é descartada, tendo em vista a rigidez na conceituação. Deve-se considerar que o conceito, sempre que possível, deve contemplar o maior número possível de fenômenos distintos que possuam em comum um regime jurídico mínimo.⁶¹

O conceito restrito é o mais operacional, conveniente a este estudo e representativo da evolução político-econômica, que contempla os serviços públicos econômicos e os serviços públicos sociais. Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão,

“[...] serviços públicos são atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei, a cargo do Estado, como ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.”⁶²

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não possui um conceito sistematizado de serviços públicos. O tema já foi mencionado ao longo de alguns debates em processos esparsos⁶³, mas as interpretações variam de acordo com a situação concreta proposta. Dessa maneira, não se pode generalizar e chegar a uma definição que represente a ótica do Tribunal apenas em razão do que foi dito pelos Ministros, em debates no Plenário, devendo sempre se considerar o caso concreto apreciado.⁶⁴

Ressalta-se estar em curso, no Supremo Tribunal Federal, desde 1998, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, que tem como parte autora o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT), em face

⁵⁹ Idem, ibidem.

⁶⁰ Idem, ibidem.

⁶¹ Idem, ibidem.

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁶³ Ver, nesse sentido, o Recurso Extraordinário nº 220.906/DF, Relator Ministro Maurício Corrêa; Recurso Extraordinário nº 220999/PE, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 24/11/2000; Recurso Extraordinário nº 172.816/RJ, Relator Ministro Paulo Brossard, DJ 18/2/1994.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit., p. 157.

da Lei 9.637/98, a qual dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações, a criação do Programa Nacional de Publicitação e a extinção dos órgãos públicos que terão suas atividades absorvidas pelas organizações sociais, e do inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, que dispensa licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com tais organizações.

Em 24 de junho de 1999, o Supremo iniciou o julgamento da Medida Cautelar nessa Ação Direta. O julgamento somente encerrou em 1º de agosto de 2007, quando, por maioria, foi indeferido o provimento liminar, nos termos seguintes:

“EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. 1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida.”⁶⁵

Os autos foram redistribuídos ao Ministro Ayres Britto, após a aposentadoria do Ministro Ilmar Galvão. Iniciado o julgamento do mérito, votou o relator e, em seguida, o Ministro Luiz Fux. O processo encontra-se com pedido de vista ao Ministro Marco Aurélio, pendente de julgamento definitivo.

Durante o julgamento, ainda não finalizado, importantes considerações foram feitas sobre o tema deste estudo, antes não abordado por aquele Tribunal com a profundidade necessária à elucidação do problema.

No julgamento, o Ministro Ayres Britto iniciou seu voto discorrendo sobre

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade** n.1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto.

as diferentes concepções a respeito dos serviços públicos, das atividades econômicas em sentido estrito e das atividades mistas, o chamado “serviço público social”. O Estado é, por excelência, ator no campo dos serviços públicos. Na Carta Magna também se encontram os serviços públicos não exclusivos, cujo exercício pode ser realizado também por particulares.

Celso Antônio Bandeira de Mello, corroborando esse entendimento, afirma que “[...] não se deve imaginar que todos os serviços postos à compita do Poder Público, e, por isso, qualificáveis como públicos, estejam, todos eles (salvo concessão e permissão) excluídos do campo de ação dos particulares”.⁶⁶

A doutrina majoritária⁶⁷ difere o serviço público da atividade econômica explorada pelo ente estatal, as designadas atividades econômicas *lato sensu*.

O texto constitucional não define o que são as atividades econômicas, mas usa o termo em sentido amplo. Assim, fica a critério do legislador ordinário a inclusão da atividade no campo de serviços públicos.

Citam-se as palavras de Eros Roberto Grau sobre a utilidade econômica:

“[...] inexistente, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira. Podemos afirmar que a prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí por que serviço público é um tipo de atividade econômica ...No que concerne ao art. 170, caput, a ordem econômica pressupõe o exercício de atividade econômica enquanto gênero. O que afirma o preceito é que toda a atividade econômica, inclusive a desenvolvida pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, atividade econômica, repita-se) assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.⁶⁸

Distinguem-se os serviços públicos privativos do Estado, os quais supõem necessariamente a prática de atos de império pela União, diretamente ou por meio dos institutos da concessão, da autorização ou da permissão, serviços públicos de titularidade não privativa do Estado.⁶⁹

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 687.

⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998, p. 137-139.

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998, p. 250-252.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p.687.

O Ministro Ayres Britto asseverou que a atividade econômica é a “[...] seara em que o Poder Público, atuando como agente normativo e regulador, exerce, em regra, funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174 da CF)”.⁷⁰

José dos Santos Carvalho Filho elucida que os serviços econômicos, embora qualificados como públicos, assemelham-se àquelas atividades de caráter estritamente empresarial privado no tocante à possibilidade de o prestador auferir lucro oriundo da exploração da atividade.⁷¹

Tais serviços públicos de natureza econômica podem ser prestados tanto pelo ente estatal, como por particulares por meio do regime de delegação. O § 1º do art. 170 da Carta constitucional assegura “[...] a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Dessa forma, consagrado o princípio da livre iniciativa, a execução das atividades econômicas é destinada ao setor privado, podendo, em caráter suplementar, ser exercida pelo Estado.⁷²

Esse é o entendimento também do Ministro Ayres Britto⁷³, que sustenta a divisão entre a atividade econômica, habilitada pela iniciativa privada, nos termos do § 1º do art. 170 da Constituição Federal, e a prestação de serviços públicos.

O Direito brasileiro admite a participação de particulares na execução de atividades ligadas ao fornecimento de benefícios e utilidades à sociedade. Esses são os qualificados como ‘serviços públicos sociais’.

Estes, inicialmente prestados na Idade Média por entes não vinculados ao Estado, como as ordens religiosas e as corporações de ofício, sofreram mudança de titularidade a partir das revoluções liberais, sendo assumidos pelo Estado. Com o passar do tempo e a evolução do próprio sistema político, após o ideal revolucionário liberal, os particulares puderam voltar a explorá-los, em complemento à prestação do ente estatal.⁷⁴ Assim, tais serviços podem ser prestados tanto pelo

⁷⁰ Na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, proferiu voto nesse sentido.

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 347.

⁷² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 347.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto.

⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 181.

Estado, como pela iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos.

Maria Sylvia Di Pietro o classifica como aquele que “[...] atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada [...]” e complementa: “[...] são tratados no capítulo da ordem social e objetivam atender aos direitos sociais do homem, considerados direitos fundamentais pelo artigo 6 da Constituição”.⁷⁵

José dos Santos Carvalho Filho explica que os serviços sociais são aqueles em que:

“[...] o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos, e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos. Evidentemente, tais serviços, em regra, são deficitários e o Estado os financia através dos recursos obtidos junto à comunidade, sobretudo, pela arrecadação de tributos.”⁷⁶

Alexandre Santos de Aragão chama atenção às peculiaridades do serviço público social, que pode ser prestado tanto pelo Estado como por particulares, com ou sem fins lucrativos. Classifica-os como “atividades econômicas com potencial lucrativo”, mas ressalva a impossibilidade de o mercado e o terceiro setor, por si só, satisfazerem aos fortes interesses da sociedade. Alega que o Estado executa tais atividades, em prol da sociedade, fazendo-o de maneira gratuita ou subsidiada.⁷⁷

Então, os serviços públicos sociais são não-privativos, não-exclusivos e, na ótica de Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁸, são aqueles que o Estado deve desempenhar, mas sem impedir a livre iniciativa.

Marçal Justen Filho, em sua classificação quanto à natureza da necessidade prestacional, define serviços públicos sociais como “[...] aqueles que satisfazem necessidades de cunho social ou assistencial, tal como educação, a assistência, a seguridade”.⁷⁹ São exemplos de serviços públicos não reservados exclusivamente ao Estado, com atuação assegurada de forma expressa na Constituição ao Setor Privado, sendo de livre iniciativa e lícita a prestação pelo

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.96-97.

⁷⁶ CARVALHO FILHO. José dos Santos. Op. Cit., p. 354.

⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 181.

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. Ver. Ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 499.

mercado e pelo terceiro setor, a saúde (art. 199) e a educação (art. 209):

“Art. 209. O **ensino é livre à iniciativa privada**, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. (grifo nosso)

Art. 199. **A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.**

§ 1º - **As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde**, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na *assistência à saúde no País*, salvo nos casos previstos em lei.” (grifo nosso)

A atuação por particulares, assegurada pela Carta, não significa,, segundo Alexandre Santos de Aragão, que “[...] ela esteja vedada em outros serviços públicos sociais”:

“[...] a Constituição só foi expressa em relação às atividades sociais a respeito das quais historicamente já se discutiu quanto à necessidade de estatização. Naquelas outras atividades sociais, ao revés, sempre prevaleceu a ideia de que, quanto mais pessoas prestassem, mais atendido estaria o interesse público.”⁸⁰

Assim, retirada do voto do Ministro Luiz Fux na ocasião do julgamento da Ação Direta nº 1.923/DF, “[...] a doutrina caracteriza os serviços públicos sociais como públicos compartilhados⁸¹, serviços públicos não privativos⁸² ou serviços públicos não exclusivos”.⁸³

A Constituição apresenta diferença entre a categoria jurídica dessas atividades; quando prestadas pelo Poder Público, são consideradas serviços públicos e, quando exploradas pelo Setor Privado, são categorizadas como serviços de relevância pública, “[...] mantido, nesse caso, o regime jurídico privado e as

⁸⁰ ARAGAO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 161.

⁸¹ Idem, ibidem, p. 179 e seguintes.

⁸² GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p.123. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 666.

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 264.

regras de livre iniciativa, sem prejuízo, em alguns casos (principalmente saúde e educação), da forte regulação sobre elas incidente [...] constituindo-as como atividades econômicas privadas de interesse público”.⁸⁴

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319/DF, contra a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares particulares, estabeleceu que os serviços prestados por instituições de ensino privadas, independente de seu aspecto econômico de prestação de serviço, possuem caráter privado.

Dessa forma, encarada “[...] sob o angulo de atividade econômica, a ela se aplicam os princípios gerais da atividade econômica que se encontram nos artigos 170 a 180 que integram o capítulo I do Título VII concernente à Ordem Econômica e Financeira”, a princípio, abarca a liberdade de determinação dos preços. No entanto, essa liberdade não é absoluta, havendo a necessidade de temperamento, sendo à ocasião do julgamento salientada a necessidade de se ponderar entre os interesses públicos e os privados. A Ação recebeu esta Ementa:

“Ação direta de inconstitucionalidade. e da outras providencias. - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que e o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. - Não e, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares. - Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada Lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade com relação a expressão "marco" contida no paragrafo 5. do artigo 2. da referida Lei. Interpretação conforme a Constituição aplicada ao "caput" do artigo 2., ao paragrafo 5. desse mesmo artigo e ao artigo 4., todos da Lei em causa. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "marco" contida no paragrafo 5. do artigo 2. da Lei no 8.039/90, e, parcialmente, o "caput" e o paragrafo 2. do artigo 2., bem como o artigo 4. os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.”

⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit., p. 182.

O Ministro Luiz Fux, na ocasião do julgamento da Ação Direta nº 1.923/DF, classificou os serviços não exclusivos quanto à sua natureza, dependendo do sujeito que os presta.

Inicialmente informou que tais atividades prestadas pelo Estado assumem natureza de serviços públicos. Quando exercidas diretamente por particulares, há três correntes doutrinárias acerca da definição da natureza jurídica do serviço.

A primeira entende tratar-se de serviços públicos, sob o argumento de que “[...] o perfil material da atividade não poderia ser afastado pela mudança apenas de seu executor, que diz respeito somente ao ângulo subjetivo”.⁸⁵ Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] a Carta Magna do País já indica, expressamente alguns serviços antecipadamente propostos como da alçada do Poder Público Federal. Serão pois, obrigatoriamente serviços públicos (obviamente quando volvidos à satisfação da coletividade em geral) os arrolados como de competência das entidades públicas”.⁸⁶ Tal entendimento é corroborado, inclusive, pelo posicionamento do Supremo sobre o tema, consolidando a natureza de serviço público dos serviços sociais, ainda que prestados pelo particular em nome próprio, conforme o seguinte precedente:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. **1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização.** 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.”⁸⁷ (grifo nosso)

A segunda corrente expressa em sentido oposto, utilizando-se do polo subjetivo para alegar tratar-se de atividade econômica em sentido estrito, ante a

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.1.923/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto do Ministro Luiz Fux, proferido em 19 de maio de 2011.

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 681.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.266**. Relator: Ministro EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 6/4/2005, DJ 23/9/2005.

presença de elementos caracterizadores como a livre iniciativa e a ausência do Poder Público na prestação.

A terceira posição é intermediária, sustentando a natureza de atividade econômica de interesse público, sujeita a maior regulação que as atividades econômicas propriamente ditas, e a mais liberdade do que no âmbito dos serviços públicos propriamente ditos.

Portanto, as atividades dirigidas a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, preservação do meio ambiente cultura e saúde possuem natureza jurídica de serviços públicos sociais, independente do titular da prestação. Dessa forma, é inaplicável ao caso o regime disposto no art. 175 da Constituição.

CAPÍTULO 2 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

2.1 Reforma do Aparelho do Estado - Surgimento das organizações sociais

Inicialmente se analisam os aspectos relativos a organizações sociais e seu papel na prestação de serviços, tendo em vista o surgimento de novo modelo de intervenção no âmbito social.

Com o Regime Militar em vigor no Brasil até 1985, o modelo estatizante, sistemático e burocratizado foi adotado, tanto na área dos serviços públicos, quanto no campo das atividades econômicas em geral.⁸⁸

A partir da década de oitenta, o modelo de intervenção praticado pelo Estado brasileiro passou a apresentar visíveis sinais de desarticulação. O modelo que outrora propiciou desenvolvimento para o País, nas décadas de trinta a setenta, esgotou-se com a chegada dos anos 80.⁸⁹

Nesse contexto, houve significativa redução do nível de crescimento do Produto Interno Bruto do País, aumento do déficit público, elevação da dívida externa, além de altíssimos níveis a que chegou a inflação, com fracassados programas de estabilização. Dessa maneira, houve diminuição na capacidade de investimento, retirando do Estado o papel de promotor do desenvolvimento.⁹⁰

A Administração Pública brasileira contava com um Estado imobilizado, em crise, que não mais tinha condições de cumprir seu papel na prestação de atividades essenciais.⁹¹

Na década de 90, despontou a necessidade de alteração na forma como a Administração Pública lidava com seus administrados. Paulo Modesto assevera que “Reformar o Estado pressupõe identificar com clareza as formas de atuação do Estado”.⁹²

A crise brasileira, segundo Luís Carlos Bresser Pereira,

⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.71.

⁸⁹ Idem, ibidem.

⁹⁰ Idem, ibidem.

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 264.

⁹² MODESTO, Paulo, op. cit.

“[...] foi também uma crise do Estado. Em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população [...] Nesse sentido, a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia. Somente assim será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais.”⁹³

Era então preciso resgatar a autonomia financeira, e uma das soluções apresentadas foi a implementação de políticas públicas em conjunto com a sociedade. Daí, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “[...] o instituto da privatização, considerado em seu sentido amplo, para designar todos os instrumentos de que o Estado serve para reduzir o tamanho de seu aparelhamento administrativo”.⁹⁴

No apogeu neoliberalista, o aparelho estatal passou por profunda reforma, a “Reforma do Aparelho do Estado”, destinada a reformar o aparelhamento estatal, em especial o administrativo, representado pela Administração Pública em sentido amplo, abarcando os três Poderes e todos aqueles que exerciam a função administrativa.⁹⁵

Aprovado em 21 de setembro de 1995 pela Câmara da Reforma do Estado, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE, apontou os rumos e os objetivos da mudança, calcada no ideal de tornar a Administração Pública mais eficiente e voltada à cidadania.⁹⁶

De acordo com o Plano Diretor, o escopo da reforma é a transformação do modelo burocrático e ineficiente de administrar em um Estado voltado ao progresso.

Romperam-se os monopólios estatais, para tornar competitivas as

⁹³ BRASIL. **Caderno Mare da Reforma do Estado**. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=522&cat=238&sec=25> Acesso em: 30 set. 2012.

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 49.

⁹⁵ Idem, ibidem, p. 48-54.

⁹⁶ BRASIL. **Caderno Mare da Reforma do Estado**. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=522&cat=238&sec=25> Acesso em: 30 set. 2012.

atividades que antes vinham sendo exercidas apenas pelo Poder Público. A partir daí, surgiu a possibilidade de firmar parcerias com entes públicos e privados, por meio de convênios, consórcios e contratos de gestão.

A ampliação dogmática, abarcada pela ideia de um Estado Democrático de Direito, abriu a possibilidade de mudança do Direito Administrativo, regendo, além das relações internas entre órgãos da Administração, as relações externas da Administração em face dos administrados, a chamada “administração extroversa”, regida pelos princípios da legitimidade e da segurança jurídica.⁹⁷

As mudanças institucionais foram colocadas como alicerce indispensável à concretização da reforma do aparelho do Estado, buscando novos paradigmas para a organização operacional e a estrutural.⁹⁸

Norberto Bobbio preceitua que “[...] nos momentos de ruptura, se exalta a volta da Sociedade civil, tal como os jusnaturalistas exaltavam o retorno ao Estado de natureza”.⁹⁹

Na concepção de Habermas, “[...] diretamente, a sociedade só pode transformar-se a si mesma; porém ela pode influir indiretamente na autotransformação do sistema político constituído como um Estado de direito”. Quanto ao mais, ela também pode influenciar a programação desse sistema.¹⁰⁰

Baseado na reestruturação organizacional e no desenvolvimento de métodos de gestão inovadores, despontou o denominado “Terceiro Setor”, formado por entidades em que “[...] se pretende dar conta a um vastíssimo conjunto da organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis [...], sendo privadas, não visam fins lucrativos [...] animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não estatais”.¹⁰¹

Segundo apontamentos de Luiz Carlos Bresser Pereira, emergiu no Brasil

⁹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos, versão condensada da aula magna para pós graduados da América Latina pronunciada na Universidade Castilla - La Mancha, em janeiro de 2004. In: **Direito Público** – estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallar, coordenado por Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior.

⁹⁸ PEREIRA, Luís Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a Cidadania**. Brasília: ENAP, 1998.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. Sociedade Civil. In BOBBIO, NORBERTO et al. **Dicionário de Política**. 8 ed. Brasília: Ed. Unb, 1995, vol. 2, p. 1.210-1.211.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a Faticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 99.

¹⁰¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A reinvenção solidária e participativa do Estado**. Trabalho apresentado no Seminário Internacional sobre sociedade e a reforma do Estado, MARE, Brasília, 1998.

um espaço público não estatal, no qual as relações entre Estado e organizações privadas sem fins lucrativos passariam a ser desenvolvidas com mais amplitude e extensão. Sustenta ainda o autor que “[...] o processo de ampliação do setor público não estatal ocorre a partir de duas origens: de um lado, a partir da sociedade; de outro lado, a partir do Estado, que, nos processos de reforma [...] se engaja em processos de publicização de seus serviços sociais e científicos”.¹⁰²

Assim, no contexto de crise, foi necessária a intervenção de novos atores no cenário de disciplina e expansão das potencialidades úteis ao convívio em sociedade. Nessa conjuntura, em que novo ator emergiu, a ele foi incumbido papel que a princípio era de outrem.¹⁰³

O que se identifica é investimento na concepção de um Estado fomentador de atividades e não mais de caráter prestacional, típico dos Estados Sociais. A atuação passou a ser orientada do Estado para o cidadão-usuário, mediante políticas que diminuía o aparelho estatal, com parcerias com a iniciativa privada.¹⁰⁴

O Terceiro Setor, segundo Maria Sylvia Di Pietro, vai coexistir com o Primeiro, que é o próprio Estado, e com o Segundo, que é o mercado. Assim, o Terceiro Setor designa atividades que não são nem governamentais, nem empresariais nem econômicas.¹⁰⁵

Nesse sentido são as orientações de Manuel Villoria Mendieta:

“A sociedade civil e o Estado são partes da mesma sociedade. O desenvolvimento da teoria da responsabilidade social no âmbito da empresa privada, a eclosão das organizações não governamentais e do denominado “terceiro setor” obrigam a Administração a abrir suas portas aos diferentes agentes críticos afetados e que afetam suas políticas. A criação de unidade de participação das organizações públicas, com a inclusão de diversos segmentos, também torna-se imprescindível. A presença de setores radicais da sociedade civil pode ser recomendável. Tudo isso, vinculado à elaboração de planos estratégicos que explicitem missões, escolhas e visões, gera um âmbito democrático e transparente necessário para a posterior

¹⁰² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a Cidadania: a Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional**. Brasília: Enap, 1998, p. 242.

¹⁰³ VALLE, Vanice Lírio do. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 39, p. 24, set. 2008.

¹⁰⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O regime jurídico das organizações sociais e sua contratação pelo poder público mediante dispensa de licitação**. Belo Horizonte: Fórum de Contratação e Gestão Pública, 2010, p. 13-22.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 49.

implantação honesta e imparcial dessas políticas.”¹⁰⁶

Nessa transição, o foco de interesse deixou de ser o Estado e passou a ser o cidadão. O interesse público saiu do monopólio estatal e passou a integrar campo mais amplo, abrigando novas e engenhosas modalidades de conjugação e de coordenação de esforços.

Segundo Norberto Bobbio, “[...] a solução das crises que ameaçam a sobrevivência de um Estado deve buscar-se, antes de tudo, na Sociedade civil, onde é possível a formação de novas fontes de legitimidade e, portanto, novas áreas de consenso”.

Para o desenvolvimento coordenado entre sociedade civil e Estado, pondera Alexis de Tocqueville:

“Um governo não seria capaz nem de manter sozinho e renovar a circulação dos sentimentos e das ideias de um grande povo, nem de conduzir todos os empreendimentos industriais. Assim que ele tentar sair da esfera política para se lançar nessa nova via, exercerá, mesmo sem querer, uma tirania insuportável; porque um governo só sabe ditar regras precisas; ele impõe os sentimentos e as ideias que favorece, e é sempre difícil discernir seus conselhos de suas ordens. Será bem pior ainda se ele se imaginar realmente interessado em que nada se mexa. Então, manter-se-á imóvel e deixar-se-á entorpecer por um sono voluntário. É necessário portanto que ele não aja sozinho.”¹⁰⁷

A Emenda Constitucional n. 19/98 "Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências", visando ao aumento da eficiência da Administração, a partir de novo modelo de integração dos órgãos do Poder Público com entidades organizadas da sociedade civil.

A descentralização é uma das características do processo de democratização no País. Coerente com esse espírito, a Carta de 1988 foi editada de forma a redistribuir recursos, competências e responsabilidades para os governos nos três níveis: federal, estadual e municipal. Desde então essa foi a tendência no Brasil. O Estado deve agir em harmonia com os anseios da sociedade, de forma

¹⁰⁶ VILLORIA MENDIETA, Manuel. **La modernición de la Administración como Instrumento al Servicio de la Democracia**. Madrid: Inap, 1996, p. 384.

¹⁰⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 134-135.

pertinente à suas necessidades, em parceria com a sociedade.¹⁰⁸

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, inicia-se nítida tendência de transição de um modelo de Estado prestador em direção a um modelo de Estado regulador. Além disso, pode-se observar que tal movimento não implica necessariamente mudança de regime, do público para o privado, mas privatização da execução de serviços, indícios de mudança em curso.¹⁰⁹

Dessa forma, a figura das Organizações Sociais, parte integrante do inovador Terceiro Setor, foi criada com o objetivo de “[...] permitir que a administração pública se torne mais eficiente e ofereça ao cidadão mais serviços, com maior qualidade”.¹¹⁰

É tendente a absorção de atividades sociais pelas instituições privadas, baseadas em alianças estratégicas entre Estado e sociedade, quer para atenuar disfunções operacionais do Ente, quer para maximizar os resultados da ação social geral.¹¹¹

O objetivo principal da reforma foi implementar um modelo ou uma concepção gerencial de Estado, resultando, dessa forma, em¹¹²

“[...] um Estado mais eficiente, que responda a quem de fato deve responder: o cidadão. Logo, será um Estado que estará agindo em parceria com a sociedade e de acordo com os seus anseios. Será um Estado menos voltado para a proteção e mais para a promoção da capacidade de competição. Será um Estado que não utilizará burocratas estatais para executar os serviços sociais e científicos, mas contratará competitivamente organizações públicas não-estatais. Será o que propusemos chamar de um Estado Social-Liberal, em substituição ao Estado Social-Burocrático do século vinte. Um Estado certamente democrático, porque o grande feito político do século vinte foi ter consolidado a democracia. “

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação. **Fórum administrativo – Direito Público - FA**. Belo Horizonte, ano 5, n. 49, p. 5.225-5.237, mar 2005.

¹⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos, versão condensada da aula magna para pós graduados da América Latina pronunciada na Universidade Castilla - La Mancha, em janeiro de 2004. In: **Direito Público** – estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallar, coordenado por Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior.

¹¹⁰ BRASIL. **Caderno Mare da Reforma do Estado**. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=522&cat=238&sec=25>. Acesso em: 30 set. 2012, P.51

¹¹¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem licitação**. 5 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 517.

¹¹² BRASIL. **Caderno Mare da Reforma do Estado**. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=522&cat=238&sec=25>. Acesso em: 30 set. 2012, p. 52.

Ocorreu mudança na forma de atuação do Estado. O ente estatal deixou a função de único executor, passando a exercer função reguladora e fomentadora das atividades não exclusivas, subsidiando os agentes que vieram a atuar em seu lugar.

2.2 Características do regime da Lei n º 9.637/98

No momento pós-reforma, no contexto de um Estado gerencial, surgiu a figura das organizações sociais. Estas estão previstas e disciplinadas na Lei n. 9.637/98, em que a ideia é modernizar a Administração Pública, criando instrumentos capazes de atender aos interesses sociais. A Lei dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais; a criação do Programa Nacional de Publicização; a extinção dos órgãos e das entidades que menciona e a absorção das atividades, antes prestadas pelas entidades extintas, por organizações sociais.

O Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado mostra ser o escopo da implementação de organizações sociais “[...] uma estratégia central do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Seu propósito mais genérico é permitir e incentivar a **publicização**, ou seja, a produção não lucrativa pela sociedade de bens ou serviços públicos não exclusivos de Estado”.¹¹³ (grifo nosso).

Destaca-se a diferença entre os institutos da privatização e os da publicização. O próprio Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE os conceitua. Privatização “[...] é um processo de transformar uma empresa estatal em privada”.¹¹⁴ Por sua vez, publicização consiste no processo de “transformar uma organização estatal em uma de Direito Privado, mas pública não-estatal”¹¹⁵. Verifica-se que ambos têm em comum a transferência de protagonismo, para desonerar a máquina estatal.¹¹⁶

¹¹³ **BRASIL.** Caderno Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE da reforma do estado - **A Reforma do Aparelho do Estado e as Mudanças Constitucionais.** Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno06>. Acesso em: 25 set. 2012..PDF.

¹¹⁴ Idem, ibidem.

¹¹⁵ Idem, ibidem.

¹¹⁶ **BRASIL.** Caderno Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE da reforma do estado - **A Reforma do Aparelho do Estado e as Mudanças Constitucionais.** Brasília, 1997. Disponível em:

O objetivo da criação das organizações sociais foi “[...] proporcionar um marco institucional de transição de atividades estatais para o terceiro setor e, com isso, contribuir para o aprimoramento da gestão pública estatal e não estatal”.¹¹⁷

Ainda sob a ótica do Ministério da Reforma, as organizações seriam um modo de “descentralizar e melhorar o desempenho gerencial na prestação de serviços públicos na área social”.¹¹⁸

Para Vanice Lírio, as organizações sociais constituem resposta à crise do Estado, no sentido de que

“A transferência de atividades que, por si só não se situam no núcleo estratégico do Estado, encontrassem melhor estruturação no regime de propriedade pública não estatal se denominou publicização, que traduz a ideia de translação em favor do Terceiro Setor, de atividades que não envolvessem diretamente o exercício de poder do Estado, mas que presididas por um interesse que se reconhece público estariam a merecer dele ainda o apoio e mesmo o financiamento.”¹¹⁹

Ao que tudo indica, o modelo das organizações sociais foi inspirado nos chamados Serviços Sociais Autônomos (Sesi, Senai, Sesc, dentre outros), mais especificamente na “Associação das Pioneiras Sociais”.¹²⁰

Hely Lopes Meirelles, acerca dos serviços sociais autônomos, assevera que

“[...] são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotação orçamentária ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público [...]”¹²¹

Transcreve-se a definição de organizações sociais, a teor do art. 1º da Lei n 9.637/98: “[...] pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde,

<http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno06>. Acesso em: 25 set. 2012..PDF, Caderno 1, p. 19.

¹¹⁷ Idem, ibidem.

¹¹⁸ Idem, ibidem.

¹¹⁹ VALLE, Vanice Lírio do. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**, set. 2008, n. 39, p.24.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 273.

¹²¹ Idem, ibidem.

atendidos aos requisitos previstos nesta Lei”.¹²²

Um dos aspectos centrais de tais entidades encontra-se previsto no art. 5º da Lei, no sentido de que as organizações sociais, assim qualificadas podem firmar contrato de gestão com o Poder Público “[...] com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”.

O Programa Nacional de Publicização – PNP, instituído por essa Lei, sofre críticas quanto ao termo atribuído ao Programa, ‘publicização’. José dos Santos Carvalho Filho alerta que nenhuma atividade estará sendo de fato publicizada, tendo em vista que as pessoas governamentais é que irão dar lugar a entidades de Direito Privado. Adiciona o autor que na realidade se está diante do cumprimento de uma etapa do processo de desestatização, mediante a qual o Estado se afasta do desempenho direto da atividade, delegando-a a pessoas de Direito Privado não-integrantes da Administração Pública.¹²³

Os serviços passíveis de concessão ou permissão são os que incumbem com exclusividade o Estado, a teor do art. 175 da Carta da República. Ressalta-se que as organizações não desempenham serviços públicos *stricto sensu*, razão pela qual não se caracterizam como concessionárias ou permissionárias.¹²⁴

O Ministro Luiz Fux, em voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, argumentou ser o particular livre para exercer atividades não privativas, no caso, as organizações sociais, independente de autorização ou qualquer ato negocial de delegação pelo Poder Público.

Concluiu que essas entidades, quando da prestação de suas atividades, não atuam por força do contrato de gestão, nem mesmo por delegação, mas por direito próprio:

“[...] o particular atua por direito próprio nessas seara, sendo totalmente descabida a exigência de licitação para que o particular possa fazer justamente aquilo que sempre lhe era lícito executar por serem livres a iniciativa privada às suas atividades bem como

¹²³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem licitação**. 5 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 517.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

atividades inerentes aos deveres da sociedade”¹²⁵

As organizações promoverão a absorção de serviços, antes prestados por órgãos e entidades públicas, agora extintos, dando lugar a nova figura, em peculiar modelo de gestão, obtendo mais autonomia gerencial, orçamentária e financeira.

Importante, ainda, ressaltar, não terem tais organizações vinculação administrativa com o Estado.

O termo “entidade paraestatal” é empregado para abarcar tais entidades, consoante entendimento de Hely Lopes Meirelles: “[...] as entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto, para a realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado”. Assim elas são o meio termo entre o público e o privado.

O Ministro Ilmar Galvão, em passagem de seu voto na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923, asseverou que “[...] as organizações sociais não passam, portanto, de simples instrumento técnico de que se utiliza o Estado para gestão de seus próprios serviços; por ele criado, utilizado e, quando for o caso, extinto por via da desqualificação”.

Por meio do Programa Nacional de Publicização, mediante decreto, o próprio Poder Executivo estabelecerá diretrizes e critérios para qualificar as organizações sociais como tal. Esse Poder tem competência para qualificar uma associação civil como organização social, observando ser de propriedade pública, mas não estatal, sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente ao atendimento ao interesse público.¹²⁶

Nenhuma entidade é criada automaticamente como organização social. Sua qualificação como tal, após serem criadas como associação ou fundação nos moldes do Código Civil, é feita pelo Governo. Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que as organizações devem preencher requisitos formais e atender a determinados requisitos substanciais. Entre eles são salientados o dever de não ter

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto do Ministro Luiz Fux, proferido em 19 de maio de 2011.

¹²⁶ BRASIL. Caderno Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE da reforma do estado - **A Reforma do Aparelho do Estado e as Mudanças Constitucionais**. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno06.>. Acesso em: 28 set. 2012. .PDF, Caderno 2.

fins lucrativos, de ter como órgão superior um Conselho de Administração, com atribuições normativas e de controle.¹²⁷ Ao ser habilitada, comprovada a observância aos requisitos dos arts. 2º, 3º e 4º da Lei 9,637/98, ela receberá a qualificação.

Sobressai que não se trata de nova categoria de pessoa jurídica, mas sim de qualificação especial, ou seja, um título jurídico concedido por lei a determinadas entidades que atendam aos requisitos nela fixados.¹²⁸

O Ministro Ilmar Galvão, no voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF, afirmou ser a ingerência governamental justificada pela circunstância de tratar-se de entidade vocacionada à absorção de atividades de interesse público, antes exercidas pelo Estado. Há a exigência, para a habilitação como organização social, de estabelecer um conselho administrativo, composto por até quarenta por cento de membros escolhidos pelo Poder Público.¹²⁹

Segundo Maria Sylvia Di Pietro,¹³⁰ a atividade prestada muda de natureza jurídica, em que o regime jurídico, antes público, passa a ser de Direito Privado, derogado parcialmente por normas publicísticas. Assim, a entidade pública é substituída por uma entidade privada.

Ainda segundo o mencionado Ministro, tais entes são verdadeiras criaturas do Estado, que as mantém e as controla, não passando de entes públicos conquanto regidos pelo Direito Privado.

As entidades qualificadas como organizações sociais, a teor dos arts. 11 e 12 da Lei das Organizações Sociais, são declaradas como de interesse social e utilidade pública. A estas podem ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento das tarefas estabelecidas.

Frisa-se que a organização social pode sofrer desqualificação de seu título nos casos de descumprimento às disposições fixadas no contrato de gestão. Para a desqualificação, é necessária a instauração de processo administrativo, visando observar o contraditório e a ampla defesa. Feita a desqualificação, os

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 681.

¹²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto do Ministro Ilmar Galvão.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 420.

dirigentes das entidades são considerados solidariamente responsáveis pelos danos causados à Administração.¹³¹

As organizações sociais atuam por meio de parceria, por contrato denominado “de gestão”, celebrado com o Poder Público, sob observância aos princípios administrativos atinentes à celebração de qualquer contrato administrativo.

2.3 Contratos de gestão

A primeira oportunidade em que apareceram os contratos de gestão foi na vigência do governo do Presidente Collor, especificamente por ato infralegal, o Decreto n. 137, de 25 de maio de 1991. A primeira lei a tratar do tema foi a n. 8.246/91, autorizando o Poder Público a instituir e contratar por meio do “Serviço Social Autônomo Associadas Pioneiras Sociais”. Porém, essa Lei não trouxe o conceito do que se entenderia como tal modalidade contratual.¹³²

A Emenda Constitucional nº 19/98 introduziu na Constituição o seguinte:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

- I - o prazo de duração do contrato;
- II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
- III - a remuneração do pessoal.”

Esse dispositivo constitucional não menciona expressamente o tipo contrato de gestão, mas é a este que ele se refere.

Já no âmbito da forma de atuação das organizações sociais, o instrumento “contrato de gestão” foi explicado pelo art. 5º da Lei 9.637/98, configurando contrato assinado com o Poder Público, por intermédio de seus ministérios, e a entidade já qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades

¹³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit.

¹³² MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 226-227.

relativas às áreas relacionadas.

De acordo com o MARE, o propósito dos contratos de gestão é “[...] contribuir ou reforçar o atingimento de objetivos de políticas públicas, mediante o desenvolvimento de um programa de melhoria da gestão, com vistas a atingir uma superior qualidade do produto ou serviço prestado ao cidadão”.¹³³

Acerca da natureza jurídica dos contratos de gestão firmados com as organizações sociais, alguns autores os consideram simplesmente contratos administrativos.¹³⁴ Celso Antônio Bandeira de Melo complementa que “[...] a lei das ‘organizações sociais’ pretendeu, inconstitucionalmente, permitir que travem contratos administrativos com o Poder Público, sem licitação e sem qualquer cautela, mesmo a mais elementar, resguardadora dos princípios constitucionais [...]”.¹³⁵

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Melo, nesse tipo de contrato não são ampliadas as competências de entidades estatais, pois se trata de vínculo jurídico realizado com pessoas de Direito Privado, alheias ao aparelho estatal. Assim, seriam pura e simplesmente contratos administrativos, resultantes de relacionamento de natureza contratual entre o Poder Público e um sujeito do universo privado.¹³⁶

Já no ensinamento de Hely Lopes Meirelles, tais contratos não têm natureza administrativa, não sendo contratos propriamente ditos, porque não há interesses contraditórios.¹³⁷

Em posição similar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que a natureza desses contratos se aproxima da dos convênios e da dos termos de parceria e não são termos contratuais. Também considera terem os contratos de gestão natureza convencional José dos Santos Carvalho Filho¹³⁸ e Eduardo Szazi.¹³⁹

¹³³ **BRASIL.** Caderno MARE da reforma do estado - **A Reforma do Aparelho do Estado e as Mudanças Constitucionais.** Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno06.>. Acesso em: 25 set. 2012..PDF. Caderno 2. 5 Edição. Brasília, 1997.

¹³⁴ MELLO, Celso Antônio de Mello. **Curso de Direito Administrativo.** 18 ed., p. 220; BACELLAR FILHO. **Direito Administrativo**, p.125; BLANCHET. **Curso de Direito Administrativo**, 3 ed., p.169.

¹³⁵ MELLO, Celso Antônio de Mello. **Curso de Direito Administrativo**, 18 ed., p. 220.

¹³⁶ Idem, ibidem, p. 236.

¹³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.280-281.

¹³⁸ Idem, ibidem.

¹³⁹ SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor – Temas Polêmicos**, São Paulo: Peirópolis, 2004.

Egon Bockman Moreira afirma que os vínculos formados pelos contratos de gestão se assemelham ao que Laubadère qualifica como “procedimento de aparência contratual”. Não são contratos em sua essência, mas sim parcerias, para atingir um fim público, ou seja, nas palavras do autor, um “acordo cooperativo funcionalizado”. Porém, o autor faz uma ressalva, alegando que, nesses contratos, a teor do art. 7º, parágrafo único, Lei 9.637, ao definir que o Poder Público pode alterar, incluir ou suprimir cláusulas contratuais sem previsão de revisão ou aceitação pelas organizações sociais, é o traço que mais aproxima o contrato de gestão de um contrato administrativo, não havendo assim total comunhão de escopo, mas visando a objetivos individuais.¹⁴⁰

Existem ainda autores, como Gustavo Henrique Justino de Oliveira, que alegam os contratos não possuírem natureza convenial, tendo em vista os contratos de gestão serem mais estáveis, com tendência de ser executados em sua integridade. Entretanto, o autor também descarta a possibilidade de serem contratos administrativos puros. Assim, sua natureza seria a de acordo administrativo colaborativo.¹⁴¹

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que os contratos de gestão não são contratos administrativos, mas “[...] acordos de programa”, os quais se assemelham aos convênios, asseverando que “expansão legalmente admitidas da autonomia gerencial de uma entidade ou órgão participante”.¹⁴²

Os contratos de gestão são celebrados de comum acordo e, como o art.6º da Lei das Organizações Sociais,

“[...] discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, devendo este contrato ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.”

Nesses contratos são especificados o programa de trabalho, as metas a serem obtidas, os critérios de avaliação e desempenho e os limites de despesas,

¹⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “veículos contratuais” com o Estado. In: MOREIRA. **Estudos de Direito Econômico**, . p.269-274. Apud VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 255.

¹⁴¹ OLIVEIRA. Gustavo Henrique Justino de. **O contrato de gestão na Administração Pública brasileira**. p. 459-458.

¹⁴² MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14 ed., p. 191- 277-288-553. Apud VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 256.

além de cláusulas que serão inseridas pelos ministérios das áreas das atividades fomentadas.¹⁴³

Maria Sylvia Di Pietro assevera ser o fim último dos contratos a eficiência, estando em consonância com o princípio constitucionalmente previsto no caput do art. 37 da Carta Republicana. Informa ainda que o objetivo dos contratos é estabelecer metas a serem alcançadas pela entidade, em troca de benefícios outorgados pelo Poder Público. Os arts. 8º e 10º da Lei preveem que o contrato de gestão tem sua execução fiscalizada pelo órgão supervisor da área estimulada por meio de relatórios que são elaborados por comissão composta de especialistas capacitados.

Quanto à fiscalização dos contratos de gestão, esses devem conter a forma como a autonomia é exercida, as metas a serem cumpridas pelo órgão ou pela entidade no prazo estabelecido no contrato e o controle de resultados.¹⁴⁴

O descumprimento aos termos estabelecidos no contrato pode acarretar a desqualificação da entidade como organização social, conforme previsto no art. 16 da mesma Lei.

Constituem, então, forma de descentralização, racionalização e autonomização do aparelho estatal, na medida em que vinculam recursos com o fim de atingir finalidades públicas, cabendo ao Poder Público fiscalizar o cumprimento do programa de trabalho proposto.

Acerca do tema, Celso Antônio Bandeira de Melo observa: "[...] não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômica financeira de qualquer espécie. Basta concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione)..."¹⁴⁵ Nota-se tratar de outorga discricionária, sem necessidade de prévia licitação, ou atendimento a critérios mínimos.

¹⁴³ MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14 ed., p. 191 a 212.

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 263.

¹⁴⁵ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAPÍTULO 3 LICITAÇÃO - CONCEITO E DISPENSA

Frisa-se que a forma de agir da Administração Pública é totalmente distinta da atuação dos particulares. O regime jurídico aplicável aos particulares autoriza-os a praticar qualquer ato ou desenvolver qualquer atividade, desde que a lei não proíba.¹⁴⁶

Já a Administração Pública só pode praticar os atos que a lei autoriza, tendo sua atuação vinculada ao princípio da legalidade e a todos os outros elencados no art. 37 da Constituição Federal,¹⁴⁷ sujeitando-se aos ditames constitucionais que a obrigam a realizar processo licitatório como etapa precedente às contratações.

Nesse sentido, a licitação ocorre como “[...] processo administrativo vinculado destinado a selecionar o interessado que proponha contratar nas melhores condições para a administração”.¹⁴⁸

Licitação é procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a garantir iguais oportunidades àqueles que desejam contratar com o Poder Público, atuando como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.¹⁴⁹

Assim, a prática de licitação propicia ao Poder Público obter as melhores condições para seus contratos, sendo essa preocupação histórica dos estados.¹⁵⁰ Encontra-se elencada expressamente no art. 37, inciso XXI, Constituição Federal. A competência para legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação em todas as suas formas é da União, pelo art. 22, inciso XXVII, mesmo diploma legal. Porém, segundo entendimento doutrinário, a competência é concorrente, tendo em vista a União criar somente as normas gerais, sendo competentes os demais entes federativos para legislar acerca de regras específicas sobre licitação.

¹⁴⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos** – teoria, prática e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27.

¹⁴⁷ Idem, ibidem.

¹⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.174.

¹⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**, 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

¹⁵⁰ Idem, ibidem.

A Lei federal n. 8.666/93 estabelece as normas gerais, além de tratar de muitos assuntos específicos e deve ser seguida pela Administração Pública. Ao se partir do princípio de que o administrador está aplicando recursos públicos, esta legislação procura disciplinar toda a sua atuação.¹⁵¹

Licitação é atividade-meio, tendo em vista a celebração do futuro contrato. A indisponibilidade do interesse público é princípio básico de toda e qualquer atividade administrativa.¹⁵²

Em entendimento de Celso Antônio Bandeira de Melo, existe a possibilidade de que a iniciativa privada realize obras públicas, forneça bens ou serviços, visando alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizar negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados o ensejo de disputarem a participação nos negócios que o Poder Público pretende realizar com os particulares.

A Lei nº 12.349/10 inseriu um terceiro objetivo ao procedimento licitatório, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Esses objetivos se encontram enumerados no art. 3 da Lei 8.666/93, no qual se encontram definidos os princípios e a especificação da licitação:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Celso Antônio Bandeira de Melo assevera, ainda, ter a licitação escopo na ideia de competição, “[...] a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõe assumir”.¹⁵³

O princípio da igualdade de todos perante a lei, consoante o art. 5º da Constituição, e consequentemente perante a Administração, por si só, obriga-a a

¹⁵¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos** – teoria, prática e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2002, p. 30.

¹⁵² Idem, ibidem, p. 28.

¹⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 526.

agir com impessoalidade, nos termos do caput do art. 37 da Lei Magna.¹⁵⁴ Além desses, o princípio da legalidade encontra-se explícito no mesmo art. da Lei de Licitações.

Ainda por força do art. 37, inciso XXI, mesmo diploma legal, ficam obrigadas a licitar as pessoas de Direito Público com capacidade política e as entidades de suas administrações Indiretas - autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas.¹⁵⁵

Assim, a regra é a obrigatoriedade de licitação nos casos de contratos de obras, serviços, compras e alienações. Todavia, a regra é excepcionada por algumas hipóteses em que o administrador está autorizado a contratar diretamente, sem que tenha de proceder à realização de licitação. Tais exceções, dentro da sistemática Lei 8.666/93, encontram-se expressamente definidas nos arts. 17, 24 e 25.

No art. 24 da Lei, que trata da dispensa, mesmo sendo possível a realização de licitação, encontram-se razões que justificam a abstenção de realizá-la, para atender ao interesse público. Assim, nessas situações a licitação é possível, porém sua realização não é conveniente nem oportuna para a Administração, podendo, por meio de decisão discricionária, firmar a efetivação da contratação direta, tudo à luz do interesse público.¹⁵⁶

Marçal Justen Filho assevera que:

“[...] a dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável a competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público. Situações nas quais os custos necessários à licitação ultrapassarão os benefícios que dela poderão advir. Logo, o procedimento licitatório acarretará o sacrifício do interesse público.”¹⁵⁷

Ainda sobre o tema, Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo lecionam que “[...] se é verdade que a presidir o instituto da licitação, como vetor supremo, se encontra a isonomia, a contrabalançá-lo há outro valor fundamental: a supremacia

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 526.

¹⁵⁵ Idem, ibidem.

¹⁵⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O regime jurídico das organizações sociais e sua contratação pelo poder público mediante dispensa de licitação**. Belo Horizonte: Fórum de Contratação e Gestão Pública, 2010,

¹⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 210.

do interesse público sobre o particular”.¹⁵⁸

Celso Antônio Bandeira de Melo demonstra que a ausência de licitação é considerada exceção e “[...] só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, como é obvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia”.¹⁵⁹

Nesse sentido, a Lei n. 9.648/98 alterou a 8.666/93 e privilegiou as organizações sociais, ao prever que os contratos de gestão por elas assinados com o Poder Público estão inclusos nas hipóteses de dispensa de licitação, conforme previsão do inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.”

No mesmo sentido, a Lei 9.637/98 prevê que:

“Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.”

Pode-se concluir que os entes públicos, ao celebrarem contratos de gestão com uma organização social, podem contratá-la diretamente para a prestação de determinado serviço ajustado no contrato, ante a justificativa de a contratação não ser norteadada por referencial econômico.¹⁶⁰

O Tribunal de Contas da União proferiu o Acórdão n. 421/2004, sobre a matéria, indicando que devem ser observados requisitos para a aplicação do inciso - a pessoa do contratado e o objeto de contratação.¹⁶¹

Quanto à pessoa do contratado, deve ser regularmente qualificada como organização social e, segundo posicionamento majoritário, encabeçado por Jorge

¹⁵⁸ FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 42.

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 240.

¹⁶⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O regime jurídico das organizações sociais e sua contratação pelo poder público mediante dispensa de licitação**. Belo Horizonte: Fórum de Contratação e Gestão Pública, 2010.

¹⁶¹ Idem, ibidem.

Ulisses Jacoby Fernandes, “[.....] é imprescindível que a organização social integre a mesma esfera de governo que a entidade contratante, em face da literalidade inafastável do inciso em comento”.¹⁶²

¹⁶² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 5 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 521.

CAPÍTULO 4 DIVERGÊNCIAS CONTIDAS NA LEI Nº 9.637/98

4.1 (IN)Constitucionalidade na contratação de organizações sociais pelo Poder Público mediante dispensa de licitação

A ideologia constitucional é a de titularizar o Estado na prestação de serviços públicos. Assim, o Estado tornou-se burocrático, com formalismo exagerado, engessando o processo de prestação de serviços essenciais.

Evidencia-se o desejo de todos por um setor público eficiente, ágil, eficaz e qualificado. As organizações sociais surgiram com o escopo de desafogar o Estado na prestação dos serviços públicos não privativos.

Porém, vários pontos a respeito de tais entidades são contestados, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.¹⁶³ As organizações sociais, no modelo atual, geram divergências em torno da matriz adotada. Gustavo Justino de Oliveira diz mais, asseverando não ser possível inseri-las integralmente em uma das categorias clássicas do Direito Administrativo.

Como elucidou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº1.923/DF, o modelo proposto pelas organizações sociais constitui tema incluído em contexto de transformação do Direito Administrativo brasileiro, que não deve ser analisado a partir de uma ótica clássica de bipartição rígida entre o campo público e o privado.

Assim, sabe-se que

“[...] o paradigma gerencial contemporâneo, fundamentado nos princípios da confiança e na descentralização de decisão, exige formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade, tudo isso, contrapondo-se a um modelo ultrapassado, qual seja, a “ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional”.”¹⁶⁴

Existem inúmeras questões a serem enfrentadas acerca do modelo imposto pela Lei 9.648/98 no tocante à forma de qualificação e também de contratação das organizações sociais.

¹⁶⁴ Ministro Gilmar Mendes, na ocasião do julgamento da **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade** n.1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto.

Um dos temas polêmicos é a autorização para o Estado contratar de forma direta, mediante contrato de gestão, com essas entidades, para prestarem serviços públicos, cedendo a elas o fornecimento de recursos, bens e pessoal.

Acerca da necessidade de procedimento licitatório, Marçal Justen Filho reconhece que a Constituição

“[...] acolheu a pretensão (absoluta) de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção absoluta, facultando contratação direta nos casos previstos por lei.”¹⁶⁵

José Afonso da Silva admite a possibilidade de o legislador excepcionar a licitação, pois alega ser princípio instrumental voltado à realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público, ressaltando que, no art. 37, XXI, encontra-se a possibilidade de a lei definir hipóteses específicas de inexigibilidade e dispensa do certame.¹⁶⁶

Assim, considerando não ser o princípio do dever de licitar absoluto, nem configurar um fim em si mesmo, mas um procedimento meio, ante as hipóteses de inexigibilidade e dispensa, esta aplicada ao caso, será analisada a constitucionalidade do art. 24, inciso XXIV, Lei 8.666, que prevê não ser necessário processo licitatório para o Estado contratar com organizações sociais.

Ressalta-se o regime jurídico ao qual pertencem as atividades por elas prestadas. Como abordado, tais entidades são autorizadas a executar os serviços públicos ditos sociais, aqueles não-exclusivos e não-privativos. Estes, mesmo que prestados por entes privados, diferem das atividades econômicas.

Quanto às divergências, uma das correntes doutrinárias é a dos autores que alegam ser a dispensa do art. 13, § 3º, Lei 9.637/98, e do art. 24, inciso XXIV, Lei 8666/93, inconstitucional.

Marçal Justen Filho salienta não ser a Administração Pública livre para firmar contrato de gestão com as organizações sociais sem observância a certos parâmetros jurídicos. Tal prática configuraria espécie de fuga às limitações do Direito

¹⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12 ed. Dialética: São Paulo, 2008.

¹⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Público e feriria o postulado da indisponibilidade do interesse público. Entende que, à luz dos princípios constitucionais, deve ser realizada prévia licitação, voltada à escolha da melhor proposta, nos casos em que existam duas ou mais organizações sociais passíveis de realizar o objeto do contrato.¹⁶⁷

No caso de não haver possibilidade de competição, pode incorrer então no caso de inexigibilidade de certame, hipótese constitucional. Nesse caso, para melhor apuração da ocorrência de inexigibilidade, salienta o autor a necessidade de publicidade e a de que o Estado divulgue sua intenção de promover contratos de gestão com determinado objeto. Assim, a contratação não poderia ocorrer “às escuras”.¹⁶⁸

No mesmo pensamento dos defensores do prévio processo licitatório, Sílvio Luís da Rocha argumenta:

“Certos procedimentos prévios devem ser observados na elaboração do contrato de gestão. Deve haver, como regra, a realização de licitação. O procedimento licitatório configura um antecedente lógico e necessário do contrato administrativo com vistas a proporcionar ao Poder Público a oportunidade de realizar para si o negócio mais vantajoso e, ao mesmo tempo, assegurar aos administrados a possibilidade de disputarem o direito de contratar com o Estado.”¹⁶⁹

Grande crítica ao modelo proposto pela Lei 9,637/98, Maria Sylvia Zanella Di Pietro encorpa o grupo dos que receiam a dispensa de licitação para contratar com as organizações sociais. Argui que, da forma como a matéria se encontra disciplinada, são inegáveis o conteúdo imoral e os riscos tanto para o patrimônio, quanto para o direito dos próprios cidadãos.

Ainda sob olhar crítico, Celso Antônio Bandeira de Mello enxerga inconstitucionalidade manifesta, alegando tratar-se de forma de postergar o princípio constitucional da licitação e, conseqüentemente, o da isonomia, já que a licitação seria “simples manifestação punctual, conquanto abrangente também a outro propósito (a busca do melhor negócio)”.¹⁷⁰

Certifica, ainda, que, apesar de o art. 37, inciso XXI, afastar a obrigatoriedade de certame licitatório nos casos previstos em lei específicas, isso

¹⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12 ed. Dialética: São Paulo, 2008.

¹⁶⁸ Idem, ibidem.

¹⁶⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122.

¹⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 240.

não quer dizer que o legislador é livre para afastar tal dever quando lhe convier. A ausência seria exceção que “só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem”, pois o princípio do dever de licitar é constitucional.¹⁷¹

Em direção contrária, encontram-se aqueles que entendem a ausência de necessidade de subordinar o modelo das organizações sociais ao princípio do dever de licitar.

Os dois ministros do Supremo que até agora votaram sobre o tema na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF afastaram a inconstitucionalidade dos dispositivos autorizadores de dispensa do certame licitatório.

O Ministro Ayres Brito remete a natureza dos contratos de gestão à dos convênios, no sentido de que configura forma de parceria entre Poder Público e Setor Privado, fomentando e incentivando a participação da sociedade, por meio de entidades privadas, nas áreas de relevância pública.

Assim, a natureza convenial do acerto afastaria a necessidade de processo licitatório. Porém, ressalva a necessidade de observância aos princípios da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, o que pode ser feito mediante processo público e objetivo para qualificar as entidades privadas como organização social.

O Ministro Luiz Fux votou nos mesmos termos do Ministro-Relator, alegando não caber falar em incidência do dever constitucional de licitar, asseverando que o contrato de gestão não possui natureza administrativa nem contratual, mas consiste em convênio. Informou que há, na espécie, a conjugação de esforços entre o Estado e as entidades privadas qualificadas como organizações sociais, para o atingimento comum de mesma finalidade - a realização dos serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia. Destacou também a necessidade de observância aos princípios constitucionais previstos no caput do art. 37 da Constituição.

Esse é também o entendimento acolhido por Alexandre Santos de Aragão:

“A nossa opinião é que o contrato de gestão realmente não possui

¹⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 240.

natureza contratual: visa à realização de atividades de interesse comum do Estado e da entidade da sociedade civil, não possuindo, salvo se desvirtuado, caráter comutativo. Esse fato, no entanto, apenas exclui a obrigatoriedade de licitação formal, tal como prevista nas minúcias da Lei n 8666/93.”¹⁷²

Ou seja, a finalidade de dispensa criada pela Lei 9.648/98 é incentivar a prestação eficiente dos serviços sociais, o que, segundo Gustavo Justino de Oliveira, legitima o tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de desequiparação. O autor entende que não há nesses casos inobservância ao princípio da isonomia, caso a escolha da organização social não se submeta ao processo licitatório.¹⁷³

Tal entendimento é também o balizado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que defende a não-incidência das disposições da Lei de Licitações nos contratos de gestão, tendo em vista serem estabelecidas nestes obrigações colaborativas e não recíprocas, como num contrato administrativo comum.¹⁷⁴

4.2 (IN)Constitucionalidade do procedimento de qualificação de entidades como organizações sociais para absorção de atividades públicas

Enquanto o tema acerca da constitucionalidade ou não da dispensa da obrigatoriedade de licitar gera significativa polêmica e principalmente acirradas divergências, o tema atinente ao processo de qualificação das organizações sociais tende ao consenso em alguns pontos.

Analisa-se o disposto no art. 2º, inciso II, Lei 9.637/98:

“Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão

¹⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.748-749.

¹⁷³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADI n 1.923/DF. In: **Direito Administrativo democrático**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 205.

¹⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas Públicas e parcerias: judicialidade, flexibilidade negocial e tipicidade na Administração Consensual. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, n.1, p.113-114, jan./mar. 2006.

supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.”

Gustavo Justino de Oliveira informa ter o referido ato administrativo, de qualificação das organizações, natureza discricionária.¹⁷⁵ Dessa forma, é conferida uma margem de atuação ao Poder Público, mais flexível, sem um diploma legal rigidamente pré-estabelecido, visando a concretização do interesse público à luz das particularidades de cada caso.¹⁷⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro alega que o credenciamento se trata de instrumento de privatização com o uso do dinheiro público. Refere-se aos riscos para o patrimônio estatal e para os direitos dos cidadãos, tendo em vista constituir mecanismo de fuga do regime de Direito Público, sob a roupagem de entidade privada, mascarando uma situação que estaria sujeita às amarras da Administração Pública.¹⁷⁷

Insiste na tese de que essas organizações “[...] são entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público”.¹⁷⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello, adotando linha mais branda, declara que

“Seja como for, o certo e indiscutível é que a ausência de critérios mínimos que a racionalidade impõe no caso e a outorga de tal nível de discricionariedade não são constitucionalmente toleráveis, seja pela ofensa ao cânone básico da igualdade, seja por desacato ao princípio da razoabilidade [...]”¹⁷⁹

Essa preocupação com mais cuidado no processo de qualificação da entidade como organização social foi compartilhada pelos Ministros do Supremo Carlos Ayres Britto e Luiz Fux, na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.923/DF.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **As Organizações Sociais e o Supremo Tribunal Federal**. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 8, n. 86, p. 7 – 16, abr. 2008

¹⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 928 e 929.

¹⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

¹⁷⁸ Idem, ibidem.

¹⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 241.

O Ministro Ayres Britto alegou a necessidade de um processo público e objetivo para a qualificação das entidades, julgando inconstitucional a expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, sob o argumento de que ao ser conferido à Administração Pública tal poder discricionário, restaria incompatível com a objetividade que deve presidir o procedimento para qualificar as entidades.

Já o Ministro Luiz Fux julgou no sentido de conferir interpretação conforme a Constituição para que “o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do artigo 37 da CF”.

Assim, mesmo que o ato de qualificação das entidades como organizações sociais abra margem a uma atuação discricionária do Poder Público, discricionariedade não é o mesmo que arbitrariedade, de modo que o exame, conforme salienta Luís Roberto Barroso, deve ser levada em consideração a força normativa da Constituição e o ideário pós-positivista, em que a Administração Pública deve atuar conforme o conteúdo dos princípios constitucionais, o que seria uma forma de controle das atividades exercidas pelo Estado.¹⁸⁰

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 372 a 376.

CONCLUSÃO

Saber se a dispensa de licitação é legítima ou não e se a qualificação de entidades como organizações sociais é plausível do modo como é feita hoje passa pelo exame da natureza dos contratos de gestão e das atividades prestadas por tais organizações. Porém, a conclusão deste estudo deve ser pautada na análise da realidade social do País.

O Brasil possui enorme carência no campo da prestação de serviços públicos. Os serviços oferecidos pelo Governo, independente da ideologia partidária, ou da região do País à qual se está referindo, não são de qualidade. A população sofre com profissionais despreparados, instalações precárias, superlotação, dificuldade de acesso ou até mesmo ausência de prestação do serviço em sua região.

Esse é o contexto em que se inserem as organizações sociais. Como observou o Ministro Marco Aurélio¹⁸¹, talvez houvesse mais utilidade “[...] na prestação dos serviços pela iniciativa privada, tendo em conta a precariedade dos serviços que são realizados pelo setor público [...]”.

Ressalta-se que na ótica constitucional não há vedação a que a Administração realize parcerias com o Setor Privado para a prestação de serviços públicos sociais. A Lei Maior deixa expressa em seu texto a possibilidade da atuação em conjunto, público-privada, inclusive incentivando tal proposta.

De início, entende-se que a natureza dos chamados, de modo equivocado, ‘contratos’ de gestão não é de contratos administrativos. Não se constata na espécie a satisfação a interesses pessoais e diversos. Acolhe-se a tese de que tais contratos, firmados pelas organizações sociais, são reais convênios, em que há a convergência de esforços na busca de objetivo comum: a prestação de serviços públicos sociais.

Desse modo, inútil seria a licitação, forma burocrática de escolha que engessaria o modelo flexível proposto pela Reforma do Aparelho do Estado, ao

¹⁸¹ Na ocasião do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF.

prever tal dispensa. Se houver mais de uma entidade qualificada, pretendendo firmar contrato com o Poder Público, há necessidade de processo seletivo, para a escolha da melhor candidata, a que prestará de forma mais competente o serviço. A Administração Pública não pode atuar de forma a afastar os princípios elencados no caput do art. 37 - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O certame licitatório não pode incidir na mesma situação a que o modelo de Estado gerencial se impõe. A obrigatoriedade de licitar pode ser flexibilizada, desde que legalmente prevista.

Quanto à maneira como as organizações sociais são qualificadas, evidencia-se a necessidade de mais publicidade do processo, precedida de mais controle.

Assim, o Poder Público tem a seu alcance um mecanismo abarcado pela Constituição, para a busca ao cumprimento a seus deveres de maneira satisfatória. Toda medida voltada ao progresso e às melhorias para a população, desde que observe os princípios e as regras constitucionais, é legítima e representa avanço social.

A Administração deve mesmo buscar outros meios de satisfazer as necessidades dos cidadãos, não se atendo a um modelo administrativo rígido, burocrático e pouco funcional. A flexibilização, com observância às regras constitucionais e submissão a amplo controle, é medida voltada à promoção da justiça social, marco do Estado Democrático de Direito.

A experiência das organizações sociais necessita de alguns ajustes no modelo, mas seu surgimento trouxe melhorias. No campo legislativo, tal prática se encontra regulamentada com escopo constitucional. Assim, nota-se que as organizações sociais representam melhor opção para a própria sociedade, podendo, a partir da atuação pragmática do Poder Público, se transformar em importantes mecanismos de avanço social. Nas palavras do Desembargador¹⁸² representaria “valioso instrumento de implementação da democracia participativa”. E mais, contribui para o fortalecimento do Governo, ampliando a capacidade de execução de políticas sociais pelo Estado.

¹⁸² Na ocasião do julgamento da ADI nº 130.726/7-00, TJSP, em que o Tribunal considerou constitucional a Lei nº 14.132/2006, que instituiu o modelo das organizações sociais no âmbito do município de São Paulo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado**: Legitimidade e Regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BOBBIO, NORBERTO et al. **Dicionário de Política**. 8 ed. Brasília: Ed. Unb, 1995.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade** n.1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto. (Coord.). **Serviços Públicos**: estudos dirigidos. Organizadores: Daiana Trybus, Paulo Henrique Ribas, Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**, São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHENOT, B. L'Existencialisme et le Droit, in Revue Franceise de Science Politique, apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 50.
- COUTO E SILVE, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 230.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- ESTORNINHO, Maria João. **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Almedina, 2001,
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem licitação**. 5 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
- FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos – teoria, prática e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1998**. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7ed. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14 ed., revisada e atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas Públicas e parcerias: judicialidade, flexibilidade negocial e tipicidade na Administração Consensual. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, n.1, p.113-124, jan./mar. 2006.

_____. A globalização e o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 226, p. 265-280, out./dez. 2001.

_____. **Mutações nos Serviços Públicos**. Versão condensada da aula magna para pós-graduados da América Latina pronunciada na Universidade Castilla - La Mancha, em janeiro de 2004.

MOREIRA, Vital. **Administração Autónoma e Associações Públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

REBOLLO, Luis Martín. Servicios Públicos y servicios de interes general: La nueva concepción y operatividad del servicio público em El Derecho Administrativo Español, p. 89. In: **Una Evaluación de las Tendencias Contemporaneas del Derecho Administrativo**, coordenada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor – Temas Polêmicos**, São Paulo: Peirópolis, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADI nº 1.923/DF. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma administrativa na imprensa**: seleção de

artigos produzidos no MARE. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998 (Coleção Cadernos MARE n. 1).

_____. **Organizações sociais**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997 (Coleção Cadernos MARE, n. 2).

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de Concessão de serviços públicos**, 1 ed. Curitiba: Juruá, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

OUTRAS REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

_____, **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm

_____, **Lei n. 9.637 de 15 de maio de 1998**. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm

_____, **Cadernos do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado**. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=522&cat=238&sec=25>